

〔京都学園法学 2014年 第2・3号〕

《論 説》

相殺禁止特約

——禁止目的の拡大並びに特約の活用と
立法による限界を中心に——

宮 川 不 可 止

はじめに

相殺禁止特約（民法第505条第2項）に対する学界の関心は、これまで必ずしも高いものではなく、その一例として、旧注釈民法における同条項に関する解説は、わずか13行の説明にとどまる¹⁾。公刊された判例は、調査した限り10件程度である。相殺の要件等を定めた民法第505条は、「① 二人が互いに同種の目的を有する債務を負担する場合において、双方の債務が弁済期にあるときは、各債務者は、その対当額について相殺によってその債務を免れることができる。ただし、債務の性質がこれを許さないときは、このかぎりでない。② 前項の規定は、当事者が反対の意思表示した場合には、適用しない。ただし、その意思表示は、善意の第三者に対抗することができない。」と定められている。

法改正の動向があり、民法（債権関係）の改正に関する要綱案は、この相殺禁止の意思表示（民法第505条第2項）の規律を、「前項の規定にかかわらず、当事者が相殺を禁止し、又は制限する旨の意思表示した場合には、その意思表示は、第三者がこれを知っていたとき又は重大な過失により知らなかったときに限り、その第三者に対抗することができる。」と改めている（第24 相殺1）。換言すると、要綱案は、同条第2項ただし書の第三者の保護要件である善意

1) 磯村哲編・注釈民法12398頁〔中井美雄〕（有斐閣、1970年）。

を、善意・無重過失としたものであり、これは、債権の譲渡禁止特約に関する第466条第2項の見直しを参照して、これと整合的な見直しを図るものである。²⁾

相殺禁止特約の趣旨は、現実の支払いを目的とするものである。相殺禁止の内容には、自働債権とすることを禁止する特約、受働債権とすることを禁止する特約、自働債権及び受働債権とすることを禁止する特約、などがある。³⁾

最近の判例に限ると、相殺禁止特約の趣旨が現実の支払いを目的とするだけではないと思われるものが続出し、相殺禁止特約の機能を拡大しているような傾向が見られる。

本稿は、民法第505条第2項の相殺禁止特約を取り上げて、最近の判例には相殺禁止特約の目的に拡大傾向がみられることを検証するとともに、相殺禁止特約のさらなる活用と立法による活用の限界を検討することを試みるものである。⁴⁾このような視点からの検討は見られないように思われるからである。まずは判例の整理から始めることにする。

1 判例の整理

(1) 相殺禁止特約に関する判例の概観

相殺禁止特約に関する判例（これに関連しそうな判例をも含む）には、後掲判例①～後掲判例⑧があり、このうち、後掲判例⑥～後掲判例⑧の3件は、21世紀にはいつてからのものである。以下では、判例を、前期（20世紀のもの）と後期（21世紀のもの）に二区分したうえで、個々の判例を概観する。

2) 民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明303, 304頁（商事法務, 2013年）参照。

3) 我妻栄・新訂債権総論330頁（岩波書店, 1964年）。安達三季生・債権総論講義（第4版）348, 349頁（信山社出版, 2000年）。

4) 宮川不可止「相殺禁止特約について—交互計算との関係、譲渡禁止特約との比較検討を中心に」法律時報78巻8号117頁（2006年）は、相殺禁止目的の拡大の記述等が不足していた。本稿はこの稿を書き改めたものである。

〔前期 判例①～判例⑤〕

判例① 東京控訴院昭和9年11月30日法律新聞3806号13頁〔特別当座預金返還請求控訴事件〕

〔事実関係〕

昭和4年9月24日、Y銀行（被告・被控訴人）は、預金者Aに対して、銀行預金3千円を特定事業のために使用する限りにおいてはこれを貸付金と相殺しない、旨を特約した。しかし、同年12月13日、右預金はAの債権者X（原告・控訴人）に差押転付されたため、Y銀行は、これをAに対する貸付金と相殺した。差押転付債権者のXは、Y銀行に対し、Y銀行による相殺禁止特約の違反を主張して、預金返還請求訴訟を提起した。第一審はXの請求を棄却したので、Xより控訴。

〔判旨〕 控訴棄却

銀行預金を特定の事業遂行のために使用する限りにおいては、Y銀行がこれを貸付金債権と相殺しない特約があっても、その預金がXに転付されるような場合には、右事業遂行の目的のため使用せられざることが確定するため、Y銀行は反対債権をもって右預金債権と相殺することができる。

判例② 大阪高判昭和39年3月26日判例時報378号24頁〔貸金請求控訴事件〕

〔事実関係〕

昭和32年9月13日、X（信用組合、原告・控訴人）は、Aに対して金30万円を貸付け、Y（被告・被控訴人）は、Aの右債務につき連帯保証をした。その後、Aは、右債務の支払の延期を受けてきた。昭和34年7月20日、Aは、Xに対して有する預金債権と借受金債務25万1千円を相殺する旨の意思表示をした。そこで、Xは、Yに対し、貸金請求事件を提起して、貸金30万円の請求をするとともに右相殺の無効を主張した。これに対して、Yは、相殺の抗弁により、Xがさきに和解で相殺の意思表示を取消す合意をした旨主張したから相殺は有効であり、その後になって、Xが相殺の無効を主張することはできないと反論した。第一審はXの請求を棄却。Xより控訴。

〔判旨〕 取消，一部請求認容

相殺の意思表示が無効であるか否かについて検討するに，信用組約約定書中に債務不履行の場合には債務者の預金債権を処分して借用金の弁済に充当せられても異議はない旨の約定がなされていることが認められ，右約定は，債務者本人が相殺の意思表示をなすことまでも禁止する趣旨を含むものとは認められない。したがって，Yの相殺の主張を認容する。相殺後元金4万9千円と遅延損害金を支払う限度で請求を認容する。

判例③ 東京地判昭和44年10月4日判例時報586号71頁〔転付債権請求事件〕

〔事実関係〕

昭和40年7月12日，Y（銀行，被告）と訴外Aの間において，Y銀行がAに対して移転料（立退料）200万円を支払い，Aはこれを受領するのと引換えに建物より退去する旨の訴訟上の和解が成立した。和解成立の際に，Y銀行は，右200万円をAに対する連帯保証債権で相殺することなく，現実に支払うことを合意した。後日，X（原告，Aの債権者）は，Aに対する金銭債権に基づいて仮差押命令を取得したところ，その直後に，Y銀行は右200万円と連帯保証債権とを相殺した。そこで，Xは，Y銀行に対して，転付債権請求事件を提起した。

〔判旨〕 請求棄却

本件和解成立のときY銀行が訴外Aに移転料200万円を相殺することなく現実に支払う旨の合意が成立したことを認めることができる。この合意は，Xの仮差押によって訴外Aが現実に200万円の支払いを受けることができない状態になったときでもY銀行は相殺しない趣旨の合意ではないから，この合意の存在はY銀行主張の相殺の効果を妨げるものではない（東京控訴院昭和9年11月30日判決参照）。

判例④ 東京地判昭和46年3月15日判例時報639号95頁〔不動産競売手続終了見舞金請求事件〕

〔事実関係〕

相殺禁止特約（宮川）

X（個人、原告）は、Y（個人、被告）に対して、元金400万円の金銭債務を負い、Yのために所有の土地建物に抵当権を設定していた。昭和43年4月5日、Yは、Xに対し、不動産競売手続の進行に協力するならば、見舞金として50万円を支払うことを約束した。Xは、Yに対して、右見舞金50万円の支払いを訴求した。これに対して、Yは、Xに対して約束手形金債権を有するとして相殺を主張した。

【判旨】 請求認容（控訴）

黙示的にもせよ両者間にこの50万円が現実に支払われるものとする合意が成立したといわなければならない。この合意は、民法505条2項にいう「反対の意思を表示した場合」に該るものとみるのが相当である。それ故、Y主張の相殺は、相殺禁止特約により許されないものである。

判例⑤ 東京高判昭和52年10月27日判例時報873号103頁〔組合費支払請求控訴事件〕

【事実関係】

Y（被告・控訴人）は石油精製会社であり、X（原告・被控訴人）はY会社の従業員で組織された労働組合であるところ、XとYの間には、組合費を毎月の給料から控除するチェック・オフ協定が締結されていた。Yは、Xに支払うべき組合費を賃金から控除したものの、その内4万2千余円をXに支払わなかった。Xは、Yに対し、右組合費未払金及び遅延損害金の支払いを求めて提訴し、Yは、これに対してXの不法行為による損害賠償請求権との相殺を主張した。第一審（横浜地裁川崎支判昭和50年11月17日労働判例241・17）はXの請求を認容、Yより控訴。

【判旨】 控訴棄却（確定）

労働組合と使用者間のチェック・オフ協定に基づき賃金から控除した組合費相当額の交付請求権は現実に履行されることを要し、右協定の解釈上相殺を認めない趣旨と解すべきものであり、したがって当事者が相殺につき反対の意思を表示した場合（民法505条2項本文）に該当し、Yは主張する債権をもってX

の本訴において請求する債権と相殺することはできない。

[後期 判例⑥～判例⑧]

判例⑥ 東京地判平成16年6月1日金融法務事情1747号91頁〔預金払戻等請求事件〕

[事実関係]

X（原告、生命保険相互会社）は、平成元年11月30日、Aに対し、5億円を貸し付けた。XとAは、同日、Aが第三者に対して現在および将来有するいっさいの貸金債権をXに譲渡する集合債権譲渡契約（「本件集合債権譲渡契約」）を締結した。同契約では、XはAに対し取り立てを委託し、AはさらにBに対し取り立てを再委任するものとされていた。その後、Xは、平成2年1月30日から同年10月30日にかけて、Aに対して、合計25億円を貸し付けた。

Aは、平成3年8月29日、親会社の会社更生手続開始の申立てに伴い、経営危機に陥り、それ以降、再建と弁済について協議を開始した。Aは、平成4年6月30日までに、XやY（被告、信託銀行）を含む債権者32社（以下「協定債権者」という）との間で、Aが各協定債権者に譲渡した債権の弁済を受けた場合、これを各協定債権者に支払うという内容の協定を締結した（以下「基本協定」という）。Aは、平成13年6月末日支払分まで、各協定債権者に対し、基本協定に従った支払をしていた。また、Aは、Y銀行にA名義の普通預金口座（以下「本件口座」という）を開設し、右通帳及び届出印を保管して、本件口座に入金された金員を、各協定債権者に対し、基本協定に従い支払い、名実ともに本件口座を管理していた。

平成13年7月、Aに基本協定に反する支払停止があり、同年10月24日、Yは、Aに対し、右基本協定を解除し、貸金債権を自働債権とし、本件口座に係る預金債権を受働債権として相殺する旨の意思表示をした。しかし、本件口座の預金にはXの取立回収金4233万円も含まれていた。そこで、Xは、Yに対し、本件口座に係る預金債権のうちの4233万余円（以下「本件預金債権」という）はXに帰属するものであると主張し、預金払戻等請求事件を提起して、主位的に上

記金員の支払いを求め、予備的にYの相殺の無効による不当利得返還請求を求めた。

【判旨】 請求棄却（控訴後、東京高判平成17・1・19により控訴棄却）

本件預金債権の帰属については、訴外Aが自己の名義で本件口座を開設し、通帳及び届出印を保管して、名実共に本件口座を管理していたことが認められ、本件口座に係る預金債権は、Xが訴外Aから譲渡を受けた貸金債権の弁済金を原資とする本件預金債権も含めて、訴外Aに帰属する。

不当利得返還請求権の成否については、第三債務者から弁済金が送金された場合、Xは、基本協定に基づき、Aに対して一定額の支払請求権を取得するが、そのことから、本件預金債権について、一般債権者としての立場を超えて、優先弁済を受けるべき実体的権利を取得するものとまでみることはできない。したがって、Xは、Yによる本件預金債権の相殺によって民法703条にいう損失を被ったということとはできない。

Yは、基本協定が有効に解除されない限り、他の協定債権者との関係においても、信義則上、本件預金口座に係る預金債権を相殺することは禁じられている。仮にYによる解除が無効の場合には、Yの相殺の意思表示はその効力は生じないため、本件預金債権は消滅しないことになり、Xに民法703条にいう損失は生じない。しかし、Yによる基本協定の解除は有効であり、XがYに優先して弁済を受ける権利を有していたと解したとしても、Yが基本協定の有効な解除により上記信義則上の義務を免れた以上は、Xのかかる権利もまた消滅したと解するほかはない。

判例⑦ 東京地判平成20年7月30日金融法務事情1855号40頁〔預金払戻請求事件〕

【事実関係】

A社（商品取引受託業者、債務者）は、平成17年4月13日、Y銀行（被告、債権者、銀行）の支店に、商品取引責任準備金を積立てるための専用口座として普通預金口座（以下「本件口座」という）を開設（通帳には責任準備積立金口と表示）

した。平成19年9月7日、A社は、破産手続開始決定を受けた。10月10日当時、AのY銀行に対する預金残高は3143万余円であり、Y銀行は、A社に対し、平成18年3月31日付けの特別当座貸越契約に基づき、3143万余円の貸金債権（以下「本件貸金債権」という）を有していた。同日、Y銀行は、A社に対し、本件貸金債権と本件口座に係る預金債権（以下「本件預金債権」という）を相殺した。

X（原告、A社破産管財人）は、Y銀行を被告として、預金払戻請求訴訟を提起した。本件訴訟では、商品取引所法221条2項の規定は、専用口座の預金債権を受働債権とする相殺を禁止する趣旨であるのか否か、A社とY銀行の間に相殺禁止の合意が成立していたか否か等が争点となった。

【判旨】 請求棄却（控訴）

商品取引所法221条2項は、商品取引責任準備金を、商品市場における取引等の受託に関して生じた事故であって主務省令で定めるものによる損失の補填に充てる場合のほか、使用してはならないと定めている。この規定は、指定金融機関が商品取引責任準備金の積立てのために開設された専用口座に係る預金債権を受働債権とし、当該商品取引員に対する債権を自働債権として相殺することを禁止する趣旨を含むものと解釈することはできない。認定した事実を考慮すると、破産会社と被告が本件預金債権を相殺禁止債権とする旨の合意をしたと推認することはできない。

判例⑧ 東京地判平成21年3月12日金融法務事情1890号9頁〔預託金返還請求事件〕

【事実関係】

Y（被告、債権者、信用金庫）は、訴外甲・乙2社（債務者、株式会社）に対し、貸付債権を有し、X（原告、連帯保証人、甲・乙2社の代表取締役）は、Yに対し、右貸付債権につき連帯保証債務（本件債務）を負担していた。また、Yは、甲とXが共有する甲社の本社工場の土地建物（本件土地建物）につき、根抵当権の設定を受けていた。

甲・乙2社は経営不振であり、Yは債務弁済の正常化を求めているところ、

甲およびXは、本件土地建物を売却することとし、その売却に際して、根抵当権者であるYに対し、売却代金の一部を本件債務の弁済に充てる旨を合意して、Yから根抵当権の解除を受けた。甲およびXは、当該土地建物の売却代の一部を本件債務の弁済に充てたほか、Xの譲渡所得税および甲の法人税の概算額を、別段預金（本件預金）としてYに預託することとなった。

Xが、Yに対し、納税のため本件預金の払戻しを求めたところ、Yは、Xが右連帯保証債務（本件債務）を負担していたことから、当該保証債務履行請求権と本件預金債権とを相殺すると主張し、その返還請求を争い、本件預金につき、X・Y間に相殺禁止の合意があったか否かが争点となった。

【判旨】 請求棄却（確定）

Yが本件売買契約に際し、根抵当権の解除に応じることとしたのは、Xから説明を受けていた甲・乙2社の再建と本件債務の弁済の正常化を期待してのものであったことは明らかであるから、本件債務の一部弁済および本件預金の預託後、甲・乙2社およびXとYとが、本件債務の元本の返済期限および利息の支払方法を変更する旨の本件変更契約を締結したのは、元本の返済期限に一括返済が困難であるとしても、そのころまでに経営改善の進捗状況を踏まえて、改めて本件債務の貸付条件についての協議を調えることが前提になっていたと認められる。この一連の処理の中で預託された本件預金についても、上記協議が調うことが、Yにおいて納税資金として預託を受ける前提とされていたというべきであり、その協議が調う限りにおいては、本件債務と本件預金債権とを相殺しないという黙示の合意があったと認めるのが当事者の合理的意思に合致するのであって、無留保で相殺禁止の合意が成立していたとは認められない。

（2）相殺禁止特約に関する判例の傾向

相殺禁止特約に関する上記8件の判例は、すべてが下級審判例である。これらの判例は、互いに矛盾するものではなく、これまで相殺禁止特約に関する先例といえるものがほとんど存在しない分野において、下級審判例ながらそのブラックの一部を埋めるものであり、この点において意義を有する。

上記 8 件の判例は、前期のもの 5 件（判例①～判例⑤）、後期のもの 3 件（判例⑥～判例⑧）に分けることができる。前期においては、特筆すべき傾向はみられないといえる。しかし、最近の判例 3 件（判例⑥～判例⑧）においては、いずれも相殺禁止特約の機能の拡大として有益な示唆を与えていると考える。なお、訴訟当事者に着目すると、8 件の内 6 件（判例①、判例②、判例③、判例⑥、判例⑦、判例⑧）では、当事者の一方が金融機関（銀行預金に関するもの）である。

以下、個別にみると、判例①は、銀行預金の転付債権者が銀行と預金者間の相殺禁止特約〔受働債権とすることの禁止〕に依拠して銀行による相殺の無効を主張したことに對し、結論として、相殺禁止特約は転付されるような場合には相殺を禁ずる趣旨のものではないとしている。

判例②は、信用組約約定書の約定内容の解釈につき、債務者からする相殺を禁止する特約〔預金を自働債権とすることの禁止〕を含むものではないとした。なお、信用組約約定書には、債務者からの相殺につき相殺禁止特約の規定を設けてはいない。

判例③は、第三者たる仮差押債権者が相殺禁止特約〔受働債権とすることの禁止〕による相殺の無効を主張したことに對し、右相殺禁止特約は仮差押があっても相殺できない趣旨のものではないとし、現実の支払いができなくなった場合には相殺できるとしたものであり、判示内容は判例①と共通する。

判例④は、個人間の金銭貸借において、貸主が借主に不動産競売手続の進行に協力することを条件に見舞金支払いを確約したところ、後日、貸主が相殺を主張したことに對し、貸主が相殺することは相殺禁止特約〔受働債権とすることの禁止〕により許されないとしたものである。信用組合の取引先たる借主が相殺を主張した判例②とは、主張者が異なるものである。

判例⑤は、使用者と労働組合間のチェック・オフ協定につき、賃金から控除した組合費相当額の交付請求権については相殺禁止特約〔受働債権とすることの禁止〕があると解して、使用者からする相殺を認めていない。この事案は銀行預金に関するものでないうえ、使用者と労働組合に関する争いでもあるから、特殊な事案として位置付け、ここでは、検討の対象外として扱うことにする。

なお、以上5件の下級審判例における判旨は互いに抵触するものではない。また、相殺禁止特約を積極的に否定したものは見当たらない。

これに対して、以下の最近の判例3件は、専用預金口座と別段預金を受働債権とする相殺禁止特約の有無に関するものである。

順にみると、判例⑥は、Xが予備的に請求した不当利得返還請求権の成否につき、かりに基本協定が有効に解除されないかぎり、Yが、信義則上相殺することを禁止されていることの反面において、Xが、本件預金債権につきYに優先して弁済を受ける権利を有していたとしても、Xが右基本協定を有効に解除して信義則上の義務を免れた以上は、Xのかかる権利も消滅したものと解した。ここでは、基本協定が有効に存在する限りYに信義則上の相殺禁止義務がある、としている点を看過することができないのである。これを解除しないでするいわゆる抜駆的な相殺権の行使を信義則違反とみているのであろう。

判例⑦は、商品取引所法221条2項の規定はその専用口座の預金債権を相殺禁止債権とする趣旨を含むものと解釈することはできないとし、また、XとYの間での相殺禁止特約の成立を認めなかった。ここで判例批評と距離を置くと、被害者救済を重視する立場であるならば、今後は相殺禁止特約の締結ないしは立法により相殺禁止を求める構成が必要になると考えることもできる。また、貸金債務のない銀行に専用口座を開設した場合には被害者救済に異同が生じるのか否かについては、今後の検討点になろう。

判例⑧は、本件事案においては明示の無留保の相殺禁止特約の存在は認められないとしたものの、信用金庫の連帯保証履行請求権と連帯保証人に対する預金債務の間には条件付きで黙示の相殺禁止特約が存在することを認めている。

最近の判例3件では、それぞれの当該事案においていずれも相殺禁止の趣旨が部分的にせよ存在するのかが争われた。明示の相殺禁止合意を認めたものこそないものの、判例⑥は、基本協定が有効に存在する限り、信義則上の相殺禁止義務の存在を認め、これに対し、判例⑦は、相殺禁止特約の存在を否定し、判例⑧は、条件付きで黙示の相殺禁止特約の存在を認め、結論は分かれた。

[小括]

相殺禁止特約の目的は、現実の支払をさせる目的から、最近では、回収金の配分における抜駆的相殺の防止目的（判例⑥）、商品取引員の責任財産の充実目的（判例⑦）、債務弁済協議を成立させる目的ならびに弁済計画を樹立させる目的（判例⑧）へと拡大している。

2 学説の整理

(1) 相殺禁止特約の趣旨と内容

梅謙次郎博士は、相殺禁止特約の趣旨に関し、「相殺は特に当事者の利益を慮りて設けたる制度なるが故に若し特別の理由ありて当事者が之を欲せざるときは敢て是に強ふるの理由なし。例えば甲が乙に金銭を寄託し其入用の時何時にても其全部又は一部の返還を求むることを得んが為め特に此債権は相殺の目的と為すべからざることを約することあるべし。又或は一定の期日に一定の金額の入用あるを以て甲が乙より之を受くべき債権を有する場合に於て特に之を以て相殺の目的と為さざることを約することあり。是等の特約は皆公益を害せざるのみならず特別の理由ありて当事者に便利なる特約なるが故に其有効なることは固より論を待たず。唯此特約に因りて第三者を害せざることを要す⁵⁾」る、と説示された。

また、梅博士は、交互計算との関係について、「相殺は概して利益多きが故に之を許すものなりと雖も敢て当事者の特約を以て之を禁ずることを許さざる所の公益規定にあらず。即ち或は当事者一方の意思表示に因りて相殺行はるるものとし或は法律上当然行はるるものと為すは畢竟之を以て当事者の為めに便利なりと認むるが為めに外ならず。然るに当事者は往往にして其約束したる目的物は必ず互に之を授受するを以て便利とすることあるべく随て相殺を為さざることを特約することあるべし是れ敢て妨なき所なり。…此反対の意思表示の著しき一例は交互計算に於て之を見る交互計算は全く相殺を禁ずる契約にあら

5) 梅謙次郎・初版民法要義卷之三債権編325頁（信山社出版、復刻版1992年）。

ずと雖も相殺に大なる制限を加ふるものなり」⁶⁾、といわれる。

右のとおり、梅博士は、相殺禁止特約については、公益を害するものではない、現実に履行させることに利便性がある、相殺の利益を放棄するものである、あわせて第三者を保護する必要がある、と説示され、交互計算を相殺禁止特約の代表例としてあげて、交互計算は全面的な相殺禁止特約ではないものの相殺を制限するものとされている。古典的交互計算を相殺禁止特約の代表例といい切ってよいものか、この点については後で検討したい。民法505条2項については、別の見解は、「当事者間に於て相殺の方法を利用せざる旨を約束したるときは相殺の規定を此に適用せざることは立法の本旨の然らしむる所にして本条第二項本文に於て殊更に当事者が相殺に因りて債務を免るることに反対の意思を表示したる場合には第一項の規定を適用せざる旨を明示せるは殆んど蛇足の法文たるに過ぎず。然れども当事者が自己の利益の為に相殺の方法を利用せざることを約束するも此約束を善意の第三者に對して主張することを許すに於ては之れが為に善意の第三者は相殺の便法を利用することを得ずして法律上正当に享有せる相殺の利益を失ふに至るべし」⁷⁾、としていた。この説は、相殺禁止特約をした場合には第1項の規定を適用しない旨の定めは無用の規定であると評価し、また、梅博士と同様に、善意の第三者の保護の必要性を強調している。この内、後の点については異論はなかろう。

穂積陳重博士は、立法審議の過程において、「相殺禁止特約は、その債権自身の性質に添うて居るものではなく、全く二人の間のことであるから、第三者には移らない」旨発言されていた⁸⁾。民法修正案理由書第三編第一章第五節第二款相殺1～4頁では、「本条第二項但書ノ規定ハ善意ノ第三者ヲ保護スル当然ノ規定ナレバ別ニ説明ヲ要セズ」⁹⁾とされた。

6) 梅謙次郎・民法原理債権総則完792頁（信山社出版、復刻版1992年）。

7) 松波仁一郎＝仁保亀松＝仁井田益太郎合著・帝国民法〔明治29年〕正解第五卷債権（日本立法資料全集別巻99）680頁（信山社出版、復刻版1997年）。

8) 前田達明監修・高橋眞ほか編著・史料債権総則685頁〔（穂積陳重発言）、金山直樹〕（成文堂、2010年）。

9) 前田監修・高橋ほか編著・前掲註8）書687頁。

(2) 戦後の学説の推移

戦後の学説では、我妻栄博士は、諾成的消費貸借の効力に関して、「借主は、その債権を第三者に譲渡することもできる（予約と異る）、相殺の用に供することもできると解すべきである（貸主の方では相殺によって債務を免れ得ない特約があるとみるべきであろう。けだし現実には貸すことが契約の目的だから）」と説明されていた。¹⁰⁾ 我妻博士は、「相殺禁止の意思表示は、契約によって生ずる債権については契約によることを要し、単独行為によって生ずる債権についてはその単独行為でできる（第三者の弁済を禁ずる意思表示と同様である）。黙示の意思表示でよいことはいうまでもないが、契約の目的から当然そのような制限を認めるべき場合も少なくない。諾成的消費貸借の貸主の債務、電報送金を受けた者の債権（第三者のためにする契約を含むと解する場合である）などがその例であろう。相殺禁止の内容は、受働債権とすることの禁止（必ず現実には弁済するという意味をもつ）、自働債権とすることの禁止（他の債務を弁済する用に供しないという意味をもつ）、いずれに用いることをも禁止する、など、場合によって異なりうる。いずれの場合にも、禁止に反してなされた相殺は効力を生じない。但し、禁止¹¹⁾の効力は善意の第三者に対抗しえない」ともされた。相殺禁止特約の内容を、受働債権とすることの禁止、自働債権とすることの禁止、受働債権と自働債権にすることの禁止、に区分していることは特筆される。このように、相殺禁止特約は、債権者と債務者間の契約であるのが普通であるけれども、単独行為で成立する債権についてはその単独行為により相殺禁止の債権を成立させることができるし、この相殺禁止の意思表示の効力は上記のとおり相対的である。¹²⁾

1970年代にはいると、説明はより具体的となる。中井美雄教授は、「相殺禁止の特約に反する相殺は無効である。第三者保護の必要から、この特約は、善意の第三者に対抗することはできないとされる。したがって、相殺禁止特約の

10) 我妻栄・債権各論中巻一355頁（岩波書店、1957年）。

11) 我妻・前掲註3）書330頁。最高裁は、電報送金につき第三者のためにする契約の成立を否定している（最判昭和43年12月5日民集22巻2876頁）。

12) 我妻栄・判例コンメンタールⅣ債権総論375頁（日本評論社、1965年）。

あることを知らずに債権を譲り受けた者はその債権をもって相殺することが可能であり、また連帯債務者の一人または主たる債務者との間の相殺禁止は他の連帯債務者・保証人の相殺権を拒否するものではないであろう」¹³⁾とされていた。

銀行取引についてはどうか。法務省民事局に当時在籍された味村治＝田代有嗣氏は、「当事者の間で相殺禁止の特約をした債権は、相殺することができない。しかし、銀行取引から生ずる債権で、このような特約のあるものはないように思われる。もっとも、当座預金は、銀行が取引先の振り出した約束手形、小切手等の支払のために使用されるべきもので、委任事務処理のための費用の前払を受けているものであり、銀行は、受け入れた当座預金の限度内においては、手形、小切手等の支払事務を行なうべき義務を負っているから、当座預金を受働債権として相殺することを認めると、銀行が一方的に自己の負う委任事務処理の範囲を減縮することになるから、これは許されないと解すべきである」¹⁴⁾と説明された。本稿は、この当座預金を検討の対象とするものではない。相殺禁止特約は現実の弁済、とくに特定日に一定金額の弁済を受けることを確保するためにするものであるけれども、相殺をしないと当事者に不利益をもたらす場合には、相殺を許すべきものであろう。¹⁵⁾その場合にも、相殺禁止特約を解除しない限り相殺できないと解する必要はない。第三者の債権差押により現実の弁済ができなくなり、相殺禁止特約の目的を達せられなくなったの¹⁶⁾に、なお特約に拘束されると解することは、特約の合理的解釈ではなかろう。相殺禁止特約があるにもかかわらず第三債務者が相殺した場合（判例①③）¹⁷⁾については、これまでほとんど論じられていない。

相殺禁止特約があるのに第三者として相殺できるのは、善意の債権譲受人、善意の質権者である。これらの者は、相殺できると信じて債権を譲り受けたり

13) 中井・前掲註1) 書398頁。

14) 味村治＝田代有嗣・貸付金管理591頁（金融財政事情研究会、1972年）。

15) 森泉章ほか著・民法講義4 債権総論322頁〔新田孝二〕（有斐閣、1977年）。

16) 山崎良子「判例批評」ジュリスト521号129頁（1972年）。

17) 山崎・前掲註16) 論文129頁。

これを質権の目的とした者であり、相殺ができないと損失を蒙るからである（民法466条2項と似た趣旨である¹⁸⁾）。民法505条の立法趣旨は、相殺は当事者の利益を考えて設けられた制度だから当事者が欲しくないときは強いる理由がない、という点にあり、同条但書は、相殺禁止の特約があることを知らずに相殺できるとして債権を譲り受けた者を保護する趣旨であり、相殺の禁止が当事者の意思によって可能なのは、505条をまたずに法律行為の一般理論によるものと考えられている¹⁹⁾。なお、連帯債務者の一人との間のまたは主債務者との間の相殺禁止は、他の連帯債務者または保証人の相殺権を制限するものではない、と解されている²⁰⁾。

保証人は、主たる債務者の債権による相殺をもって債権者に対抗することができる（民法457条2項）。この民法規定に関して、銀行取引約定書7条の2および9条の2が新設されたこととの関係については、従来の取引先からの民法規定に基づく相殺を、銀行の権利保全の観点から制限したという効果を有するものであるとし²¹⁾、また、右の特約は民法457条2項を排除する特約であると一般に解されている²²⁾。銀行実務家の旗田庸氏は、保証人からの逆相殺につき、民法457条2項を排除する特約を締結したものと明言していた²³⁾。相殺禁止特約を相殺の担保的機能を制約するものであると理解すると、交互計算も担保的機能を有するため、両者の関係解明が問題となる。

（3）相殺禁止特約と交互計算、譲渡禁止特約の関係

相殺禁止特約の代表例は交互計算であるとの梅博士の指摘を、現時点でいかに理解すべきものであろうか。詳しくは別稿に譲り²⁴⁾、ここで簡単に整理すると、

18) 星野英一・民法概論Ⅲ295頁（良書普及会、1984年補訂版）。

19) 平井宜雄・債権総論（第2版）225頁（弘文堂、1994年）。

20) 内田勝一・債権総論110頁（弘文堂、2000年）。

21) 前田庸・銀行取引193頁（弘文堂、1979年）。

22) 松本崇「保証人からの相殺を禁止する特約について」判例タイムズ502号66頁（1983年）。

23) 旗田庸「取引先からの相殺〔7条の2関係〕」堀内仁先生奉寿記念・銀行取引約定書—その理論と実際—235～238頁（経済法令研究会、1985年）。

24) 宮川・前掲註4）論文117頁。大村敦志・基本民法Ⅲ債権総論・担保物権（第2版）73頁（有斐閣、2005年）は、すでに相殺禁止特約と譲渡禁止特約の対比をしている。

相殺禁止特約は、相殺の担保的機能を制約するものであるの²⁵⁾に対して、交互計算は、相殺禁止にすべき債権を交互計算の組込債権の対象外にして、交互計算の担保的機能を保持するものであるといえる²⁶⁾。つまり、相殺禁止にすべき債権については、相殺の場合には、相殺禁止特約を利用している。これに対し、交互計算では、相殺禁止にすべき債権をはじめてから交互計算に組込まないこととし（そのうえで相殺禁止特約をすることもあろう）、計算期間末ごとの一括相殺を予定し、それまでの間は、組込債権の相殺を禁止する仕組みである。交互計算での相殺禁止とは、前者の組込み除外を指しているのか後者の途中の相殺禁止の意味であるのか、一義的ではないといえるのである。また、相殺禁止特約は、現実の支払を保障する機能を有する。相殺禁止特約と交互計算には、上記のような関係があると考えらる。

相殺禁止特約については、契約及び単独行為でできるものであり、また、債権の成立後においてもこれをな²⁷⁾しう。相殺禁止特約を設ける目的は、当事者間の便益を確保し、現実の支払を実現することにある。債権譲渡禁止特約を設ける場合のように、債務者における事務繁雑を回避し、過誤払を回避し、相殺の利益を確保するような目的はないのである。また、債権譲渡の場合には、債権の財産化・財産的性質を確保するという公益があるの²⁸⁾に対して、相殺には、このような公益は存しない。

企業実務においては、相殺禁止特約の公知性は低い。明示の相殺禁止特約を例示することには、多くの場合、躊躇せざるを得ないのではないだろうか。それ故に、訴訟では、黙示の相殺禁止特約の存在の有無が争われているともいえる（判例④、判例⑧）。この点は、預金債権をはじめとする指名債権には譲渡禁止特約が一般化していることと対比して特徴的である。

25) 相殺の担保的機能に関する最近の研究書（深川裕佳・相殺の担保的機能（信山社、2008年）、深谷格・相殺の構造と機能（成文堂、2013年）参照）でも、相殺禁止特約については触れられていない。

26) 岸田雅雄・ゼミナール商法総則・商行為法入門289頁は、一括相殺に適しない現実の履行を要する債権を交互計算の範囲外にしている（日本経済新聞社、2003年）。

27) 我妻・前掲註3）書330頁。

28) 我妻栄・近代法における債権の優越的地位27、31頁（有斐閣、1953年）。

相殺禁止特約と譲渡禁止特約の関係につき考えるにあたり、債務の性質上、相殺に適さないものがある。債務の性質による相殺の禁止と特約による相殺の禁止の線引はどのように考えるべきものか。一例として扶養料の支払債務については、金銭債務とはいえその性質上、相殺を許されないものと解される。扶養請求権の譲渡も禁止されるであろう。また、銀行が両替希望者から甲の貨幣を受取り、貸金債権を有するために乙の貨幣の交付を拒みこれと相殺するようなことは、性質上相殺を許さないものと考え。両替に際しての相殺は、信義則に反するということもできる。²⁹⁾これに対して、諾成的消費貸借の貸主としての債務については、我妻博士は契約の目的から当然そのような相殺制限を認めるべき場合とされている。³⁰⁾ただし、債務者の信用状態につきどのような例外場面を想定するかにより結論は異なるであろう。³¹⁾また、相殺禁止特約がある場合に、第三者がある原因によって当事者の一方に代わったときには、その第三者が相殺禁止特約を知らなければ、相殺できるようになるものの、相殺禁止の意思表示は、その債務自体の性質によるものではなく、当事者間のことであるから、第三者には移転しないとされる。³²⁾

なお、破産法上の取扱いについては、伊藤眞教授は、民法や会社法の規定によって相殺が禁止されているときには、破産手続上も相殺は無効とされている（民法505条1項但書、2項本文、509条、510条、会社法208条3項、281条3項）。³³⁾倒産法上、相殺禁止特約が関係する問題については、機会があれば別稿を予定することとし、ここでは、これ以上は触れない。相殺禁止の意思表示は、銀行取引において実質的に対等性を確保することも必要であろう。次に、相殺禁止特約

29) 椿寿夫＝右近健男編・ドイツ債権法総論321頁〔村田博史〕〔日本評論社、1988年〕。

30) 我妻・前掲註3）書330頁。

31) 星野英一・民法概論Ⅳ（合本新訂）173～174頁（良書普及会、1994年）は、借主の破産、信用状態悪化の場合には貸主は履行を拒みうるとし、民法137条の事由が生じたときは契約を解除しうるとする。

32) 前田監修・高橋ほか編・前掲註8）書685頁〔（穂積）、金山〕。

33) 伊藤眞・破産法（第4版）350頁（有斐閣、2005年）。

の活用と展開について触れて置きたい。

〔小括〕

相殺禁止特約は、交互計算、譲渡禁止特約と対比することによりその輪郭と内容が明らかとなる。債権の性質による相殺禁止と特約による相殺禁止の異同は、必ずしも明らかではない。

3 相殺禁止特約活用の提言と展望

(1) 代理受領

まず、代理受領における相殺禁止特約の活用を提言する。代理受領における中心的な論点として、代理受領を承諾した第三債務者による相殺の可否問題がある。³⁴⁾この点につき、現在も、判例並びに学説は分かれている。この問題につき、かりに、第三債務者において相殺しないでもよいという場合があるならば、相殺禁止特約を利用すると代理受領による債権回収の実効性は高まる。一般論ではあるが、債権者としては、代理受領により譲渡禁止特約をクリアーし、相殺禁止特約により債権回収の確実性をより高めることになる。公共工事代金の代理受領の場合を想定するに、第三債務者（発注者たる国、府県市町村などの地方公共団体）において代理受領を承諾するにとどまらず、相殺禁止特約をも承諾する事例が増加するならば、受注参入企業の増加が見込まれ、より公正な競争社会が実現できるように思われる。第三債務者においては、代理受領を承諾することにより、事務負担、過誤払いのリスクが想定されるものの、第三債務者は地方公共団体等であり、かつての時代とは異なり、最近は電子会計処理が整備進展していることからして、右のようなリスクは相当に低減するのではないだろう³⁵⁾か。

34) 宮川不可止「代理受領論の現代的展開」京都学園法学56号1頁（2008年）。

35) 神田秀樹＝神作裕之編・金融法講義157頁〔砂山晃一〕（岩波書店、2013年）は、代理受領における第三債務者の二重弁済の危険を懸念していない。

(2) 年金振込口座

次に、銀行取引における年金振込預金口座に係る年金を原資とする預金債権ないしは一定の限度額内の預金債権につき、銀行が自ら相殺禁止特約の合意をすることが考えられる。この特約がないかぎり、実務上、銀行は、貸金債権と年金振込金たる預金債権を原則として相殺することができることになる。仮に、右の年金振込預金口座につき相殺禁止特約を設けることが実現すると、年金受給者のために年金振込金の一部を確保しもって年金生活者の生活を保護することになる。相殺禁止特約のある銀行で年金振込口座が増加することも考えられる。これに対し、ドイツにおける近時の立法（民事訴訟法850k条）³⁶⁾ 一個人に一口座のみ認められる差押禁止（相殺制限）口座の創設³⁷⁾による解決が紹介されている。

年金受給者の保護がより必要であるとする、わが国における解決の方向は、相殺禁止特約によるのか、立法によるべきか（両者を併存させる方法も考えられる）、ドイツの立法等を参考に具体的に検討を進めるべき時期にあるものといえる。

(3) 複数の共同債権者と専用預金口座

複数の共同債権者による融資において、共同債権者の一人を幹事銀行としてその幹事銀行に債務者名義の預金口座を開設して債務の返済金を入金し、幹事銀行がこれを協定債権者の各債権額に応じて配分することとしている場合には、基本協定を有効に解除しない限り、信義則上、その幹事銀行は自己のためのみに相殺をすることは禁止されると解される（前掲判例⑥）。そこで、仮にその幹事銀行が当該預金につき、相殺禁止（制限）特約を締結し、また解除権も共同行使することにするならば、債権者間の公平を保持できるように思われる。なお、流動資産一体担保型融資において、債権者が複数の場合には、幹事銀行が

36) 能見善久「相殺の機能：ドイツ法との比較の視点から」金融法務研究会報告書（21）8頁（全国銀行協会、2013年）。

相殺に必要な範囲で債権譲渡を受けることがあらかじめ合意されている実例も注目される。³⁷⁾

（4）劣後ローン

いわゆる劣後ローンにおいては、相殺禁止特約を設けることが通例であり、たとえば、「金融機関は、弁済期日までの間、本件借入金債務を自動債権とする相殺を行うことはできない」旨の相殺禁止特約が設けられている。³⁸⁾ 相殺を禁止する期間は、借入金債務の弁済期日が到来するまでである。劣後ローンでは、劣後債務につき期限前弁済を禁止して、劣後ローンの劣後債務を存続させる必要があり、この目的から、期限前弁済を禁止するだけでなく相殺禁止特約の締結により劣後債の維持をしているのである。一般に、相殺禁止特約の趣旨は現実の弁済確保を目的とするものであるものの、劣後ローン（これに類する救済融資を含む）においては、劣後債務を維持存続させるために、相殺禁止特約を締結している点は特筆される。

（5）シンジケートローンのシンジケート口座

シンジケートローンにおけるエージェントによる、自働債権をシンジケートローン以外の貸金債権とし受働債権をシンジケート口座³⁹⁾に係る預金債権とする相殺は、抜駆的な相殺として禁止されるが、これを防止するため、今後、契約書において相殺禁止特約を明記して置くことが考えられる。

このように、代理受領、年金振込口座、協調融資の共同債権者間における返済金管理、劣後ローン、シンジケートローンにおいて、相殺禁止特約を利用す

37) 中村廉平＝藤原総一郎「流動資産一体担保型融資（アセット・ベースト・レンディング）の検討」金融法務事情1738号60頁（2005年）。

38) 浅井弘章「資本性借入金の活用にかかる変更契約書の条項案の検討」銀行法務21、744号18頁（2012年）。

39) シンジケートローンのシンジケート口座の定義については、タームローン契約書（JSLA 平成25年版）第1条（定義）、コミットメントライン契約書（JSLA 平成25年版）第1条（定義）（JSLA、2013年）を参照。

ることが考えられる。ただし、年金振込口座については立法によることも考えられる。これらの場合において相殺禁止特約を設けることが実現するとすると、その目的は、従来のように現実の支払を目的とするものだけではない。代理受領においては、相殺禁止特約により代理受領の担保的効力がさらに強化され、中小企業等の資金調達力の強化により、公共工事の競争入札参加の呼び水効果があろう。年金振込口座については、立法化されたドイツと同様に、差押えと相殺を制限して受給者の生活保護を図ることができるであろう。共同債権者間の融資においては、幹事債権者の詐害的自己都合の相殺を防止し、債権者間の均霑を図ることができるであろう。また、劣後ローンにおいては、相殺禁止特約を設けることにより、劣後ローン債権を維持する（弁済期日が到来するまでの期間の弁済と相殺を禁止する）ことができる。

最後に、立法による解決を求める方向は、年金振込口座、商品取引責任準備金を対象にして想定できるものの、他方では、それが相殺禁止特約に関する議論の活発化を沈静させるようなことになってはならない。

おわりに

相殺禁止特約は当事者が相殺禁止の意思表示をしたものであり、その本来の趣旨ないし目的は現実の支払を約束するものであって、この特約に違反した相殺は、無効である。ただし、相殺禁止特約は、要綱案では、善意・無重過失の⁴⁰⁾第三者に対抗することはできない。これまで検討したとおり、最近の判例ないし金融動向（たとえば劣後ローン）では、相殺禁止特約の前記目的を、さらに拡大しているように思われる。

相殺禁止特約の活用については、今後は、代理受領、年金振込口座、協調的融資における共同債権者の専用預金口座、劣後ローン、シンジケートローンのシンジケート口座、などにおいてこれを活用することを期待したい。一方では、相殺禁止特約は、相殺の担保的効力を制約するものであるから、特約の内容を

40) 民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明・前掲註2）書303、304頁参照。

明確化して書面に明示する必要があるだろう。

今後の課題としては、相殺禁止特約の内容について、倒産法をも視野に入れてさらなる検討を加える必要があるだろう。相殺禁止特約に関する判例の集積を期待するとともに、今後のさらなる議論の深化を望みたい。